

アメリカの平等保護理論における 差別的意図の要件

岡 田 高 嘉

目次

- I はじめに
- II 差別的意図理論の概要
- III 差別的意図理論に対する批判
- IV 実験哲学 - Knobe 効果の概要 -
- V 予見可能性の意義
- VI おわりに

I はじめに

外見上は中立的であり、国家が特定グループに不利になるよう意図して制度設計がなされたものでなくとも、結果的に特定グループにだけ負担が集中し、不平等状態が固定化されることがある。卑近な例は、民法 750 条の定める夫婦同氏制度である。同条は、「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称する」としており、男女を区別することのない、中立的な条文である。しかし、現実として、妻が夫の氏を選ぶのが圧倒的多数であり、氏変更による諸々の負担が女性に集中している。夫婦同氏制度については、①「氏の変更を強制されない権利」(憲法 13 条) や、②男女の氏を変更しない「婚姻の自由」(憲法 24 条) を侵害する点で違憲であると主張されることがある。⁽¹⁾ 本稿では、中立的な法制度あるいは国家行為が特定グループに対して及ぼす「不利益な効果」のことを、原則として「異なる効果」(disparate

(1) 武田芳樹「氏名の変更を強制されない権利と民法 750 条」法学セミナー 714 号 (2014) 128 頁、植木淳「民法 750 条の合憲性 [東京高裁平成 26. 3. 28 判決]」北九州市立大学法政論集 42 巻 2・3・4 合併号 (2015) 297 頁参照。

impact）と称したい。⁽²⁾

このような「異なる効果」の問題を、わが国の憲法 14 条を中心とする従来の平等の観念によって統制することは困難である。まず、そもそも、憲法が直接的に国民に保障しているのは、形式的平等（機会の平等）であり、実質的平等（結果の平等）をどの程度実現するのかは、主として立法政策の問題であるとされる。そうすると、形式的平等が達成されている以上、結果の不平等状態をもたらす法制度を、それだけで実質的平等に反するとして、憲法違反を主張することは困難である。⁽³⁾

次に、わが国の平等原則違反に関する司法審査の問題である。わが国の平等に関する判例は、①立法目的が正当か、②立法目的が正当な場合に、採用された区別が当該目的の達成に役立つかを吟味し、平等原則違反か否かを判定する。立法目的はあくまで客観的に構成することが可能であり、そのような目的と手段との合理的関連性が問題とされる。たいていの立法目的は正当なものとして構成することが可能である。⁽⁴⁾ 手段審査とは、主として採用された手段の形式（外観）に着目するものである。その形式が差別的ではなく中立的であれば、そもそも差別問題と認識されることはない。正当な目的が客観的に構成でき、採用された手段が中立的で、当該目的の達成に役立つ以上、「異なる効果」は憲法上の差別問題にはならない可能性が強い。つまり、「異なる効果」は、司法的救済の対象ではなく、その是正は立法政策に委ねられるべき問題であるとされる。

ところで、アメリカの判例では、たとえその形式が一見中立的であっても、「差別的意図」のある国家行為は、合衆国憲法第 14 修正の平等保護条項の下、

(2) わが国では、「差別的効果（結果）」ないし「差別的インパクト」とも称されている。

以下では、「不利な効果」、「不均衡な効果」といった文言も含めて、これらを同義語として互換的に用いる。

(3) 芦部信喜『憲法〔第 5 版高橋和之補訂〕』（岩波書店、2011）126-128 頁。

(4) 木村草太『憲法の急所』（羽鳥書店、2011）265 頁。

厳格審査の対象とされている。一見中立的な国家行為が「異なる効果」を惹起した場合、原告が当該行為の背後にある差別的意図を立証できれば、裁判所は平等保護条項違反を認定するのである。「異なる効果」は、①意識的な悪意、②無意識の偏見、③無責任な無関心等によって惹起され得るが、判例のいう「差別的意図」とは「意識的な悪意」のことであり、これだけを憲法上の統制の対象としている。違憲の指標を差別的意図とすることは、政治部門（立法府・執行府）に対する敬讓の現れである。しかし、仮にそれが正しくとも、判例の差別的意図の定義は厳格に過ぎ、「無意識の偏見」や「無責任な無関心」にも対処するべく、差別的結果に着目する学説や、差別的意図の概念をより広く柔軟に理解する学説が、有力に主張されている。⁽⁵⁾

アメリカの議論を参考にすると、わが国で中立的な法制度が「異なる効果」を惹起している場合、その背後にある差別的意図に着目するという考え方があり得る。では、差別的意図をどのように理解するのか。この点、立法府の主観的な差別的意図を探ることは相当ではない。合議体としての議会に単一の意図は存在しない。差別的意図は、あくまで客観的な基準で判定される必要がある。そうすると「実験哲学」(experimental philosophy)の研究成果は示唆に富む。実験哲学は、科学的な実験を用いて、道徳的な直観(intuition)の背後にある真理に迫ろうとする近年の新たな取り組みである。⁽⁶⁾ この実験哲学の研究に基づき、差別的意図の認定に際して、「異なる効果」に対する人々の道徳的な直観を重視するべきとする学説が興味深い。本稿では、実験哲学の研究成果を参考にしたアメリカの平等保護理論を検討し、わが国の憲法理論に示唆する点を明らかにしたい。

(5) Reva Siegel, *Why Equal Protection No Longer Protects : The Evolving Forms of Status-Enforcing State Action*, 49 STAN. L.REV. 1111, 1137-1138 (1997).

(6) 実験哲学は、沈黙思考するだけでなく、科学的な実験を併せて行うことで、自由意思や善悪の本質に迫ろうとする新たな学問である。J. ノーブ「実験哲学という実験」日経サイエンス 2012 年 2 月号 82 頁。

II 差別的意図理論の概要

1 中立的な法制度がもたらす「異なる効果」の問題

有色人種とりわけ黒人が憲法で認められた個人の権利の保障を訴えた運動として知られる、いわゆる公民権運動（Civil Rights Movement）は1950年代に始まり、その成果の1つとして、1964年には公民権法（Civil Rights Act of 1964）が制定された。⁽⁷⁾ 1967年には、*Loving v. Virginia* が異人種間通婚を禁じる当該州法につき、白人至上主義の表出であるとして、違憲無効を宣言した。⁽⁸⁾ これにより、人種隔離政策などの露骨な人種分類を支える憲法上の根拠、すなわち、かつての「分離すれども平等」の法理⁽⁹⁾は、完全に崩壊したといえる。政府による露骨な差別行為は、この時期を境に、ほとんど姿を消した。以後、人種差別をめぐる憲法上の争点は、新たな段階へと移行する。

まず第1に、アファーマティブ・アクションの合憲性の問題である。差別や分類を単純に禁止するだけでは、現状を維持するだけにとどまり、平等な社会を達成することはできない。そこで、公立学校における人種統合の推進、高等教育機関への優先入学など、より積極的な差別改善措置が求められることとなった。しかし、このような措置は、あるグループを優遇的に取り扱うことでもあるから、いわゆる逆差別問題は避けられない。つまり、「毒をもって毒を制する」型のやり方であるから、当然新たな社会問題を生じさせる。憲法上、アファーマティブ・アクションは、個人主義の原理や平等保護の原則に違背すると主張されることがある。したがって、このような憲法問題を

（7） Civil Rights の訳語としては、「市民的権利」とする方が適当かもしれない。「公民権」とは、元来、わが国においては、地方公共団体の公務に参与する資格や参政権を意味する。しかし、ここでは「公民権」という訳語が定着していると思われるため、これを用いる。

（8） 388 U.S. 1 (1967).

（9） *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S.537 (1896).

いかにして克服するのか、アファーマティブ・アクションの憲法上の限界点はどこにあるのか、が問われる必要がある。⁽¹⁰⁾

第 2 に、特定グループに「異なる効果」を及ぼす中立的な法制度の合憲性の問題である。アメリカの判例は、露骨な差別に対する審査手法として、いわゆる「疑わしい分類」(suspect classification) の理論を生み出した。これは、当該法律の採用する分類の不合理性、すなわち違憲の「疑い」の強度に応じて、司法審査の厳格度を変化させるという手法である。⁽¹¹⁾ 人種的分類は、最も「疑わしい」ものとされ、厳格審査の対象とされる。⁽¹²⁾ 結果として、人種的分類のほとんどが違憲無効とされてきた。⁽¹³⁾ かつての身分関係(白人と有色人種、男性と女性の上下関係など)を維持しようとする露骨な差別行為の大半が、もはや存在する余地がなくなった。以後、政府が露骨な差別を推進して社会に害を及ぼすという事態は、ほとんど想定しがたい時代となった。しかし、分類を伴わず外見上は中立的な法制度がもたらす「異なる効果」の問題は依然として残った。

Reva Siegel は、黒人に代表される人種的少数者や女性、その他の社会的弱者(以下では、マイノリティと称する。)を従属させうる法(行為)の多様性

(10) 西村裕三『アメリカにおけるアファーマティブ・アクションをめぐる法的諸問題』90-100 頁(大阪府立大学経済研究叢書第 66 冊、1987 年)。

(11) 「疑わしい分類」の理論につき、西村裕三編『判例で学ぶ 日本国憲法』(有信堂、2013) 28 頁参照。

(12) 人種による分類が「疑わしい」ものであるとして、厳格審査に服することが初めて明確にされたのは、*Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944) であった。この事件では、第二次世界大戦中、日系アメリカ人を強制的に収容所に隔離したアメリカ政府の行為の合憲性が争われた。このような民族的出身を人種と同様に扱いながら、連邦最高裁は、人種差別が疑わしいもので、厳格審査に服することを初めて宣言した。松井茂記『アメリカ憲法入門 [第 7 版]』(有斐閣、2012) 391 頁参照。

(13) 厳格審査が実施された場合、ほぼ例外なく、当該法律は違憲無効となる運命をたどった。それゆえ厳格審査は「理論上は厳格であるが、実際は致命的な審査」と評された。*Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448, 519 (1980) (Marshall, J., concurring).

や可変性を指摘している。⁽¹⁴⁾ 身分関係を維持する法の形式は可変的であり、それが裁判上で争われる度に、その外観や正当化論拠は進化する。連邦最高裁は、「疑わしい分類」の理論に依拠して、19世紀から続く身分関係を維持するための法を、厳格審査によって違憲無効としてきた。「疑わしい分類」の理論とそれに基づく厳格審査は、従来の身分関係を維持する法の解体に成功した。これにより、公権力は露骨な分類の利用やその正当化論拠を放棄せざるを得なくなった。しかし、権力者にとっては、差別的な意図を秘匿して、一見中立的な法制度の外観を装うことにより、従来の身分関係を維持することも決して困難ではない。そのような積極的な意図がなかったとしても、中立的な法制度がもたらす「異なる効果」の問題について、権力者が無頓着である場合もある。

2 差別的意図の要件

一見すると中立的であるものの、実際はマイノリティに「異なる効果」を及ぼす法律その他の国家行為の合憲性を審査する場合、裁判所は、その「異なる効果」のみを理由に違憲無効とすることは許されない。この点に関する代表的な判例の1つである *Washington v. Davis* によれば、一見中立的な制度、すなわち本件では警察官採用のための筆記試験制度（適性試験制度）の実施であるが、それが差別的意図によって動機づけられた場合に限り、平等保護条項に違反することになる。つまり、当該制度が特定グループにだけ「異なる効果」を及ぼしているという事実認定は、同制度を無効とするには不十分であり、その制度設計について差別的な目的が存在していたことを示す、決定的な何かが必要となる。⁽¹⁵⁾

(14) Siegel, *supra* note 5, at 1139.

(15) 426 U.S. 229, 240 (1976). 連邦最高裁は、「意図」(intent) という語につき、「目的」(purpose) や「動機」(motive) と同じ意味を示す語として、互換的に用いている。本稿でも、これらの語について、互換的に用いる。

特定グループに対する差別的意図の存在を原告が立証できなかった場合、裁判所は、当該制度が政府の正当な目的と合理的に関連しておれば、同制度を支持することになる。この合理性の審査基準は、政府の行為が合憲性の推定を受けることを前提に、適用される。他方、もし一見中立的な制度が差別的意図によってなされたことを原告が立証した場合、裁判所は厳格審査を行う。この場合、採用された当該中立的な制度は、やむにやまれぬ政府の目的を達成するために必要不可欠であり、なおかつ当該目的を達成するために限定的かつ整合的に策定されたものでなければならない。この厳密な審査基準は、人種的分類を伴う法制度に適用される審査基準と同じである。⁽¹⁶⁾ 限定的かつ整合的に策定された法制度に人種的分類が伴うのは極めて希であるから、裁判所は通常、この厳格審査基準を適用した場合は、当該人種的分類を伴う法制度を違憲無効と判断する。⁽¹⁷⁾

Washington v. Davis で原告は、①白人に比して黒人の方が筆記試験不合格の割合が著しく高いこと、②当該試験内容が実際の職務遂行能力を適切に問うものではないことを理由に、コロンビア特別区における警察官採用のための筆記試験は、平等保護条項に違反すると主張した。⁽¹⁸⁾ なお、原告は、筆記試験の実施が意図的な差別によるものであるとは主張しなかった。Davis 判

(16) ある法律または政府の政策が明確に人種的分類を用いている場合、裁判所はその文言から差別的意図の存在を推定することができるため、さらに差別的意図の存否につき審査する必要性はない。Michael Selmi, *Proving Intentional Discrimination : The Reality of Supreme Court Rhetoric*, 86 GEO. L.J. 279, 290 (1997).

(17) 厳格審査基準が適用されても当該人種的分類が維持された事例として、Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306, 334 (2003) がある。本判決によれば、入学判定要素の1つとして人種を考慮する州立ロースクールの入学者選抜方式は、学生の多様性を達成するという州政府の目的を達成するために限定的かつ整合的に策定されたものであった。

(18) 本件はコロンビア特別区（連邦政府直轄地）での差別事件であるから、直接的には第5修正のデュー・プロセス条項違反の問題である。判例は、第5修正が保障する自由に第14修正の平等保護条項を読み込むことによって、連邦政府に対する関係でも平等保護条項が存在すると解している。樋口範雄『アメリカ憲法』（弘文堂、2011）440頁。

決にれば、①単に黒人の不合格者の割合が相対的に高いからといって、それだけで平等保護条項に反することはない。さらに、②筆記試験の一律実施という中立的な行為は、警察官のコミュニケーション能力を高めるという正当な政府の目的と合理的な関係にある（合理性の審査基準）。⁽¹⁹⁾

Davis 判決は、「異なる効果」の存在が厳格審査基準を適用するに不十分であることを明確にする一方で、それでもなお「異なる効果」は決して関連性のない証拠ではないことを明確にしている。すなわち、差別的意図は「関連する諸事実の全体性」（totality of the relevant facts）から論理的に推論することができる。そして、その諸事実の全体性には、差別的意図以外では説明がつかない「異なる効果」の存在も含まれる。⁽²⁰⁾ その例として、しばしば引用されるのが *Gomillion v. Lightfoot*⁽²¹⁾ である。問題となった州法には、人種的分類を示す規定は存在しない。ところが、同州法は Tuskegee 市の新たな選挙区割を設定する上で、黒人居住区を同市から締め出し、事実上ほぼすべての黒人有権者を排除する効果を認めるものであった。このような再区割につき、人種差別的な意図以外にもっともらしい州政府の目的を想定することは困難である。それゆえ *Gomillion* 判決は、州法がもたらす「異なる効果」から差別的意図を推定し、平等保護条項に違反するものとして、同法を違憲無効とした。⁽²²⁾

Davis 判決は、差別的意図の分析において裁判所はいかなる要素を斟酌すべきかについて、詳細に述べていない。Davis 判決は、「関連する諸事実の全体性」の審査を採用するものの、憲法違反に値する差別的意図の概念について、様々な解釈の余地を残したといえる。

(19) Davis, 426 U.S. at 246.

(20) *Id.*

(21) 364 U.S. 339 (1960).

(22) *Id.* at 347.

3 差別的意図を探知する諸要素

Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corporation⁽²³⁾ は、差別的意図の審査手法や立証責任のあり方につき、連邦最高裁がより詳細に明らかにした事件として知られている。本件では、ある地域のゾーニング（建築規制）の変更申請に対して、裕福な白人が圧倒的多数を占める当該自治体が、その申請を拒否したことが問題とされた。もしその申請が認められ、ゾーニングの変更が行われれば、土地開発業者は、低所得者向けの住宅を建築することが可能であった。連邦最高裁は、本件の差別的意図の立証に関連して考慮されるべき要素として、以下の諸点を挙げた。⁽²⁴⁾

第 1 に、本件拒否決定が人種的に不均衡な効果、すなわち「異なる効果」を及ぼすか否か。第 2 に、当該決定の歴史的背景が重要となる。差別の歴史の延長線上で拒否決定がなされたのか。第 3 に、拒否決定に至る一連の出来事が判断者の目的を明らかにする可能性がある。たとえば、もしこれまで集合住宅用のゾーニングとしていたところ、土地開発業者が低所得者向けの集合住宅を建設することを自治体が知るやいなや、急遽、一戸建住宅用に変更した場合などである。第 4 に、通常の手続からの逸脱行為は、不当な目的が存在していたことを示す証拠となる。第 5 に、判断結果に異常な点が認められれば、それも考慮に入れられる。通常、決定者にとって重要と思われる要素からすれば、現実になされた決定と逆の決定に至ると考えられる場合などである。⁽²⁵⁾ 第 6 に、立法上あるいは行政上の経緯も関連要素である。特に判

(23) 429 U.S. 252 (1977).

(24) *Id.* 267-268.

(25) たとえば、学校跡地に低所得者用建物を建てようとした原告が、市側に対して、当該跡地について公共施設用のゾーニングから居住区用のゾーニングへの変更を求めたとする。当該学校跡地周辺はすべて居住区用のゾーニングであるのに、市側はそのゾーニングの変更を拒否した。ここから、マイノリティが流入することを避けようとする当局側の差別的意図が認められよう。安西文雄「法の下での平等について（3）」国家学会雑誌 110 巻 7・8 号（1997）37-39 頁。

断を行った機関の構成員が発した声明あるいは報告書などが重要である。

ゾーニングの変更拒否がマイノリティに「異なる効果」を及ぼしている点を踏まえ、連邦最高裁は、以上の諸要素に照らし、当該拒否決定が差別的意図によってなされたのか否かを検討した。そして、変更申請の拒否決定に至る手続の中で不自然さを示す証拠は存在しないこと、地域集会の議事録においても差別的な声明が存在しないこと等を理由に、土地開発業者が当該自治体の差別的意図を立証するに至っていないと結論づけた。⁽²⁶⁾

Arlington Heights 判決のアプローチは、Davis 判決よりも精緻である。差別的意図を分析するための客観的要素を提示することで、政府の意図ないし目的を見分ける枠組みを構築しようとしたといえる。

4 差別的意図の定義の厳格化

以上の Davis 判決（1976）、そして Arlington Heights 判決（1977）などを通じて、平等保護条項違反の成立につき、差別的意図の立証が要件化された。判例は当初、差別的意図の概念を比較的柔軟に解して、政府の行為の歴史的意義を含めて、種々の状況を客観的かつ多角的に考察して、差別的意図の存否を判定する姿勢を示唆していた。Haney-López は、これを「状況的意図」（contextual intent）のアプローチと位置づける。⁽²⁷⁾

ところが、このアプローチは、Personnel Administrator of Massachusetts v.

(26) 変更申請の是非を問う地域集会が開催されたが、そこでは変更を認める好意的な意見もあった一方で、それを断固拒絶する意見もあった。しかし、集会の議事録によれば、そのような反対の意見であっても、単純にマイノリティを自治体から排除したいという願望によるものではなかった。Arlington Heights, 429 U.S. at 270.

(27) 両判決は、結果として平等保護条項違反を認めておらず、この点で、原告に重い立証責任を課した判決として強い批判もある。状況的意図のアプローチは、裁判官個人の価値判断に大きく左右され、とりわけ、人種主義や差別の問題を単純かつ限定的に理解する場合には、差別的意図の認定が困難となる。Ian Haney-López, *Intentional Blindness*, 87 N.Y.U.L. REV. 1779, 1800, 1822 (2012).

Feeney⁽²⁸⁾で軌道修正される。この事件では、女性の原告らが、州公務員の採用に関して、退役軍人に優先権を認めている州法の違憲性を主張した。退役軍人の圧倒的大多数は男性であるため、当該州法が女性よりも男性に相対的に有利であることは明白である。実際、連邦最高裁も、当該州法が女性に及ぼす「異なる効果」が、偶発的で予期できなかったという意味で、全く意図せざるものであったと主張することは甚だ不誠実であると述べる。したがって、当該州法の制定過程において、ある種の意図が存在していたことは認める。しかし、この種の抽象的な意図は、女性に対する差別的意図の証拠としては不十分であり、結果を認識していたという意味での「意図」以上の、明確な差別的意図が必要であると判示した。

Feeney 判決によれば、政策決定者が特定の属性に対する不利な効果「にもかかわらず」(in spite of)ではなく、まさにその効果を「理由に」(because of)ある政策を採用するというような、明確な意図が必要となる。これは、差別的意図の存否につき、種々の状況を客観的かつ多角的に考察して判定する、先述の「状況的意図のアプローチ」とは異なる。むしろ、立法者ないし政策決定者の主観的な意図を重視しており、特定の属性に対して害を及ぼそうとする明確な意図、すなわち「悪意」(malice)の立証を求めているに等しい。⁽²⁹⁾ Feeney 判決は、差別的意図の立証方法につき、「悪意的意図」(malicious intent)のアプローチを採用したと評される。⁽³⁰⁾ もっとも、判決は、以下のとおり、客観的要素の重要性ないし実用性を無視しているわけではない。

「中立的な制度が及ぼす効果の不可避性や予見可能性が、差別的意図の存在を考慮するにあたり、全く無関係であるというわけではない。確かに本件州法の女性に対する効果のように、特定グループに対する不利な効果が不可避である場合、当該不利な効果が望まれていたかもしれないという推定が合理

(28) 442 U.S. 256 (1979).

(29) Reva Siegel, *supra* note 5, at 1135.

(30) Haney-López, *supra* note 27, at 1839.

的に導きうる。しかし、憲法上の分析においては、推定は、有用な手段かもしれないが、証拠そのものではない。」⁽³¹⁾

この説示は、「異なる効果」発生の不可避性や予見可能性それ自体が、差別的意図の認定を導くための、必要にして十分な証拠ではないことを示唆している。つまり、「異なる効果」の不可避性や予見可能性の証拠が、裁判所の最終的な判断にいかなる影響を及ぼすのかは不透明である。

Ⅲ 差別的意図理論に対する批判

判例によると、明白な人種的分類は、その意図にかかわらず、すなわち良性か悪性かなどを問わず、違憲性の推定を受ける。今日では、アファーマティブ・アクションも厳格審査に服することが明らかにされている。⁽³²⁾ 他方、外見上中立的な制度は、たとえ「異なる効果」があったとしても、合憲性の推定を受ける。ゆえに、まさにその「異なる効果」こそが狙いであったという、統治機関の「悪意」が立証されない限り、当該中立的な制度が平等保護条項違反と判断されることはない。今日のアメリカの平等保護条項違反に関する事件では、「差別的意図」が重要な概念となっているが、その立証方法としては、いわゆる「悪意的意図」のアプローチが中心となっている。以下では、このような差別的意図理論に対する批判的学説を概観する。

1 平等保護条項の死文化

「悪意的意図」のアプローチが中心となる差別的意図理論は、平等保護条項を死文化させたという批判がある。⁽³³⁾ 国家が主観的に「異なる効果」の発生を企図していたことを立証することは容易ではない。原告は、その重い立証

(31) Feeney, 442 U.S. at 279 n. 25.

(32) City of Richmond v. J.A. Croson Co., 488 U.S. 469 (1989).

(33) John Hart Ely, *The Centrality and Limits of Motivation Analysis*, 15 SAN DIEGO L. REV. 1155, 1160 (1978).

責任ゆえに、悪意の「決定的証拠」(smoking gun) 無くして、平等保護違反の主張を完遂することは極めて困難である。⁽³⁴⁾ 近年では、法律その他の国家行為の中で悪意が露骨に顕在化することは希である。連邦最高裁自身が今日のほとんどの差別が露骨ではなく巧妙に行われることを自覚していながら、⁽³⁵⁾ 平等保護条項違反のためには露骨な差別行為、すなわち差別的意図が必要であるとの立場に立ち、客観的な証拠によって差別の存在が強く示唆された場合であっても、救済を拒否している。⁽³⁶⁾ これによって、差別の被害者が訴訟を提起すること、すなわち平等保護条項違反の主張を思いとどまる傾向がある。⁽³⁷⁾

2 統治機関に対する差別行為への動機づけ

統治機関にとっては、差別的意図の存在を巧妙に隠すことは決して困難ではない。それに成功すれば、平等保護条項違反の問題から逃れることができる。たとえば、警察などの行政機関の職員が、ある人種グループに損害を及ぼす意図をもって行動したとしても、当人が差別的意図の証拠を残さず、外見上中立的な方法を採用すれば問題にならない。⁽³⁸⁾あるいは、もし立法府が「異なる効果」の発生を企図した場合、法文を中立的に作成し、議事録等から差別的意図の証拠を削除すればよい。統治機関の行為が引き起こした「異なる

(34) Theodore Eisenberg & Sheri Lynn Johnson, *The Effects of Intent: Do We Know How Legal Standards Work?*, 76 CORNELL L. REV. 1151, 1171 (1991); David Kairys, *Unexplainable on Grounds Other Than Race*, 45 AM. U. L. REV. 729, 731(1996).

(35) *Rose v. Mitchell*, 443 U.S. 545, 559 (1979); *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677, 686 (1973).

(36) *Selmi*, *supra* note 16, at 284.

(37) *Siegel*, *supra* note 5, at 1134-1135.

(38) たとえば、「呼び止めと身体検査」(Stop & Frisk) は、不審な通行人を呼び止め、銃器などを持っていないかの所持品検査を行う、一見中立的な警察の職務手法のことであるが、それが人種差別的に運用されており、かねてより問題となっている。Joseph Goldstein, *Judge Rejects New York's Stop-and-Frisk Policy*, *New York Times*, Aug. 12, 2013.

効果」について、明白な差別的意図の証拠がない限り、同機関が他の正当な目的を提示することで、その効果を説明することができ、平等保護条項違反の成立を阻むことができる。Siegelによれば、立法府は、グループ間の不平等を維持する効果を持つ法律について、ほとんど常に、社会的に良性の、少なくとも悪性でない理由を述べることができる。差別的意図理論は、立法府が人種的あるいは性的な階層構造社会を補強するような法政策を実施する、強い動機づけとなっているという。⁽³⁹⁾

Siegelは、「変形による保存」(preservation through transformation)という表現を用いて、立法府が法作成において用いる文言を変化させ、その外観を中立的に「変形」させることで、そのような法律の中に、多様なレベルの差別的意図を秘匿することが可能となり、結果として、差別状態が「保存」されるという問題を指摘している。⁽⁴⁰⁾ 前近代的な身分関係を露骨に維持する法律の合憲性が当然に疑われるのと同様に、そのような身分関係を黙示的に保存するために用いられた法律の文言は、たとえそれが一見中立的であったとしても、不当であり非難に値するものである。⁽⁴¹⁾ 基本的権利の侵害をもたらす行為は、現在その外観は中立的であって、かつてのような露骨な分類行為ではない。法律文言の形の上での変化は、権利侵害という結果にほとんど変化を与えず、そして実際は救済すべき現状、すなわち差別状態を保存するだけである。権利侵害は、立法府の意図にかかわらず、法文言の修辞上の変化を通じて保存される危険性があるのである。⁽⁴²⁾

「疑わしい分類」の理論や差別的意図理論といった平等保護条項違反に関する

(39) Reva Siegel, *Rule of Love : Wife Beating as Prerogative and Privacy*, 105 YALE L.J. 2117, 2189 (1996). さらに、Stevens 裁判官も、憲法の基本原理に忠実でない権力者にとって、意図しない効果を装って、差別的意図を秘匿することは容易であると述べている。
Adarand Constructors v. Peña, 515 U.S. 200, 246 (1995) (Stevens, J., dissenting).

(40) *Id.* at 2175-2188 ; Siegel, *supra* note 5, at 1113, 1119 .

(41) *Id.* at 2189.

(42) *Id.* at 2180.

る判例理論は、マイノリティを露骨に不利に扱う法律や国家行為を一掃することに成功した。しかし、それは同時に、中立的な文言や行為を用いて、差別的意図を巧妙に秘匿することにより、差別的な状態あるいは結果を保存し得ることを、統治機関に示唆することにもなった。今日、マイノリティに向けられる種々の「異なる効果」と、それに起因する差別的状態は、差別的意図理論によって、憲法上不問とされている。Siegel は、差別の形態が進化あるいは変化し、そして法文言上は決して差別的でなく中立的であっても、差別的状態が持続するという事実には照らせば、差別的意図理論は再検討されるべきであるとする。⁽⁴³⁾

3 国家行為の多様な作用

最後は、国家行為の多様な作用（効果）をいかに考えるべきかという問題である。たとえ、政府の目的が正当であっても、そこから当然に生じる通常の作用の他に、「副作用」（side effects）が起こりうる。この「副作用」こそが、時として「異なる効果」として問題となるわけであるが、裁判所は、それをどのように評価すべきか。つまり、国家行為の背後にある「主たる目的」と、本来は目的外ないし想定外である「副作用」をどのように考えるべきか。

Paul Brest は、1つの国家行為が多くの目的から成り立っていることから、立法目的を判断するために、法律あるいは国家行為の背後にある唯一・支配的な目的を詮索することは相当でないと論じた。⁽⁴⁴⁾ Brest によれば、不当な目的が従属的（二次的）であるにせよ、当該行為の実施を構成する因子であることには変わらない。憲法上許容されないのであれば、従属的であろうと支配的であろうと、そのような目的ないし動機が存在する限りにおいて、当該行為は無効とされるべきであり、「主たる目的」から当然に生じる通常の作用

(43) *Id.*

(44) Paul Brest, *Palmer v. Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive*, 1971 SUP. CT. REV. 95, 119-122.

と、それ以外の言わば「従たる目的」から生じる副作用とを区別する実益はない。統治機関が不当な目的を多少なりとも考慮しているとすれば、たとえそれが主たる目的でなくとも、そのような不当な目的が当該行為の結果を決定づけたと推定することが許され、これに反する明白な証拠が存在しない限り、当該行為は違憲無効とされるべきであるという。⁽⁴⁵⁾

Brest は、統治機関が副作用を予見できたことを示唆する、明白かつ説得力ある証拠が存在すれば、当該行為は特段の正当化事由が存しない限り無効とするべきであると論じる。他方、Feeney 判決は、マイノリティ（本件では女性）に対して負荷を課す副作用の予見可能性は、州法を無効とするに不十分であるという趣旨であり、Brest の理論を退けたと評価する。

Feeney 判決は、州法の主たる目的を決定し、その後に、それが当然にもたらす通常的作用と、副作用とを比較衡量している。判決は、州法の主たる目的が退役軍人を優遇することにあると認定する一方で、州議会は同法が相対的に女性よりも男性に利益をもたらすであろうと確実に予見していたと認めた。州法の主たる目的に照らせば、女性に対する「異なる効果」、すなわち副作用は避けられない結果であるが、主たる目的自体は正当なものと考えられた。判決によれば、たとえ州議会が女性に対する副作用を予見できても、議会はそれ「にもかかわらず」（in spite of）同法を制定したに過ぎず、副作用こそが「理由」（because of）で、すなわちそれこそが主たる目的で同法を制定したわけではない。⁽⁴⁶⁾

Feeney 判決は、退役軍人の優遇という主たる目的と、それによってもたらされた女性への冷遇という副作用とを明確に区別している。女性に対する損害は副作用として位置づけられたわけであるが、主たる目的が正当と認められた以上、副作用の方を問題にすることは容易ではない。判決は、両者を区

(45) *Id.* at 116-119.

(46) Feeney, 442 U.S. at 278 (1978).

別して比較検討することを認めるが、両者を同列に扱うものではない。主たる目的と副作用については、政府の意図レベルが異なることを前提としており、主たる目的が正当であれば、副作用の問題は原則として不問とされている。他方、Brest は、マイノリティに対する副作用が予見可能である以上、両者を区別する実益はないと論じており、この点が判決の立場と異なる。

要するに、Feeney 判決は、一見すると副作用に見えるが、実はそれこそ主たる目的であったとの立証を求めるものである。これに成功すれば、つまり、「異なる効果」の発生が「主たる目的」であったと立証できれば、厳格審査基準が適用される。逆に、「異なる効果」の発生が副作用に過ぎないのであれば、合憲性の推定が働くがゆえに、合理性の審査基準が適用される。

IV 実験哲学－Knobe 効果の概要－

1 差別的意図の意義と問題点

「悪意的意図」のアプローチが支配する、今日の差別的意図理論には学説上多くの批判が寄せられている。差別的意図理論の背景には、「異なる効果」の発生を理由として、安易に法律その他の国家行為を無効とすることは相当ではない、という考え方が存在する。差別的意図の明白な証拠がないにもかかわらず、「異なる効果」の発生だけを理由として、法律その他の国家行為を裁判所が違憲無効と判断することは、立法府や行政府などの政治部門に対する過度の介入となり、相当ではない。つまり、差別的意図理論は、司法審査に服する他の統治機関の権限に対する「敬讓」として機能している。⁽⁴⁷⁾

裁判所が憲法違反の判断を下すことの意味は重い。したがって、「異なる効果」の憲法違反を担保するものとして、判例が差別的意図の立証を求めることには相応の意義があるのかもしれない。裁判所が差別的意図を認定する場合、そこには、立法府が立法府としての憲法上の義務に反したという非難の

(47) Siegel, *supra* note 5, at 1137-1138.

意味合いが存在する。とりわけ、立法府は正当な利益しか追求することはないと強調する場合、裁判所による差別的意図の認定は、軽蔑的攻撃の要素を伴う。⁽⁴⁸⁾ 憲法違反の前提条件として差別的意図の立証を求める判例は、まず差別的意図の明確な指標を重視し、それなくして統治機関に対し違憲の疑いを投げかけることは相当ではないと考えている。

しかし、仮にそれが正しくとも、いわゆる「悪意的意図」のアプローチの下、違憲の指標となるべき差別的意図が極めて厳格に解されている。結果として、不平等状態の実効的な救済に結びついていない。そこで、違憲の指標としての差別的意図に一定の意義を認めつつも、差別の実効的救済に仕える概念として再考する必要性が指摘される。

差別的意図や意図的な行為という概念を分析する上で、社会学的・心理学的アプローチは有用である。⁽⁴⁹⁾ さらに、近年注目を集めている「実験哲学」(experimental philosophy)の研究成果が有益な示唆を含んでいる。実験哲学は、若手の哲学者らによる新たな試みであるが、それは認知科学的な実験手法を用いて、人々の直観がどこから生まれてくるのかを科学的に探求するものである。この実験研究により、人々が差別的意図というものを認知する際の心理、とりわけ道徳的直観の果たす役割が明らかとなった。Julia Kobick は、この実験哲学の研究成果を参考に、差別的意図の存否に関する人々の道徳的直観に着目して、従来の差別的意図理論を再考するべきであると説き、新たな視点を提示している。⁽⁵⁰⁾

(48) Brest, *supra* note 44, at 129-130.

(49) Lawrence によれば、判例の採用する差別的意図の概念は、無意識の偏見が及ぼす問題に対処できていない。判例は、無意識による人種的偏見の犠牲者に憲法上の保護を与えることをせず、人間の心理がどのように作用するのかについての、科学的研究成果を無視している。Charles R. Lawrence III, *The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism*, 39 STAN. L. REV. 317, 331-344 (1987).

(50) Julia Kobick, *Discriminatory Intent Reconsidered: Folk Concepts of Intentionality and Equal Protection Jurisprudence*, 45 HARV. C.R.- C.L.L.REV. 517 (2010).

以下では、①法と人々の道徳的直観との関連性に着目する研究、② Joshua Knobe を初めとする実験哲学者の研究、とりわけ人々が「意図的な行為」を認知する際に果たす「道徳的直観」に着目した研究を概観する。⁽⁵¹⁾

2 法と道徳的直観の関係性

法とは、実際の社会に適用する規範である。専門家である法律家は、事実をにらみつつ、法律や先例の中から、当該事実当てはめるべき、適切な規範を探り出す。法律家は、理性的な判断 (reasoned judgment) を行う。しかし、心理学によれば、一般の人々は意思決定や判断形成において、しばしば熟慮を欠いたアプローチをとることが多い。多くの場合、人々は、理性的な判断というより、その直観あるいは経験事実に依拠して、日々判断を行っている。直観的判断は、機械的、盲目的、安易、無意識になされる傾向がある。特に、一般の人が「道徳的に不正である」との判断を下す際には、人は絶えず機械的に道徳的な直観や発見に依拠している。⁽⁵²⁾

たとえば、近親者間の性的関係については、たとえそれによって妊娠することがなく、当事者に同意があり、心身の損害がないとしても、人々の大多数が道徳的に問題があると考えている。この判断を正当化するとき、人々は、まず初めに何らかの論理的な根拠に訴えることを試みるが、それは存在しない。そうすると、人々は、そのような事実は直観的に不正であるようだと認識するほかないことを悟る。⁽⁵³⁾

さらに、有名なトロリーカーの設例 (いわゆるトロッコ問題) も参考になる。このトロリーカーの問題は、哲学者や道徳心理学者が道徳的直観を調査する

(51) Joshua Knobe, *The Concept of Intentional Action: A Case Study in Uses of Folk Psychology*, 130 PHIL. STUD. 203 (2006).

(52) Kobick, *supra* note 50, at 541.

(53) Jonathan Haidt, *The Emotional Dog and Its Rational Tail : A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment*, 108 PSYCHOL. REV. 814, 814 (2001).

ために用いられる、標準的な道德ジレンマである。基本的なバージョンによると、被験者に対して、次のようなストーリーを想像させる。トロリーカーが線路を疾走しており、このままだと作業員5人にぶつかって全員が死亡してしまう。しかし、もし被験者が転路器（ポイント）を使えば、トロリーカーを待機線へ逸らすことができる。待機線には1人の作業員がいるが、それでも犠牲者は1人で済む。功利主義に照らせば、転路することが望ましい。

次に、少し異なるストーリーを考えてみる。トロリーカーが5人に向かって疾走しており、その5人が今にも犠牲になりそうであるが、線路には歩道橋が架かっており、その上に体躯のいい男が立っている。もし被験者がその男を歩道橋から押して、線路上に落とせば、それが障壁となり、5人の命は救われる。しかし、その体躯のいい男が犠牲になる。

後者のストーリーでは、人々の多くは、体躯のいい男を押すという選択をしない。転路器を用いることは許されて、男を突き落とすことは許されないという、この相反する道德的直観の違いについて、説明をすることは容易ではない。多くの人々は、特定の結果に関して、強い道德的直観を持つが、それをもっともらしい理由によって正当化することが難しい。つまり、「悪いものは悪い」としかいいようがないわけである。道德的直観は、認知の一種であり、理由づけの一種ではない。⁽⁵⁴⁾

近年、アメリカでは、法と人々の道德的直観との関係性の分析に意義を認める学説が増えつつある。そのような分析が、法的議論（立法論、解釈論）に深みと方向性を与えるとされる。⁽⁵⁵⁾ 法は単なる人々の直観の反映ではなく、熟慮と論理的思考の産物であるとの指摘もある。⁽⁵⁶⁾ しかし、法は人々のコモン・センス（良識）や道德的直観を反映して進化してきたというのも事実である。⁽⁵⁷⁾

(54) *Id.*

(55) Paul H. Robinson & Jhon Darley, *Intuitions of Justice: Implication for Criminal Law and Justice Policy*, 81 S. CAL. L. REV. 1, 11 (2007) ; D. Benjamin Barros, *Legal Questions for the Psychology of Home*, 83 TUL. L. REV. 645 (2009).

法が人々の道徳的直観と大きく隔たるとき、その正当性（正統性）が揺らぐ可能性がある。とりわけ、基本的権利やマイノリティの保護に欠ける法理論は、人々の道徳的直観に反し、その妥当性が疑われることになる。⁽⁵⁸⁾

たとえば、法改革の議論に道徳的直観の研究成果を応用しようとした、近年の Paul Robinson と John Darley の研究は、適切な刑罰に対する人々の道徳的直観を、刑事法に反映させるべきであると論じている。⁽⁵⁹⁾ 近年の研究では、刑事罰の妥当性に関する人々の判断のほとんどは、論理的に考えられた説明というより、異文化間でも一致の見られる、普遍的な道徳的直観に基づいていることを示唆している。したがって、Robinson と Darley は、人々の道徳的直観と適合しないような刑事法の修正はおそらく成功しないと論じる。たとえば、刑事罰の撤廃、修復的司法（Restorative Justice）の採用、刑事罰の精神的リハビリテーション化などは、正義についての道徳的直観から逸脱しており、およそ上手く実行することができないという。⁽⁶⁰⁾ ただし、正義についての道徳的直観は、啓発・教育によって、若干変化する余地がある。Robinson と Darley によれば、刑事司法制度は、刑事罰に関する一般人の道徳的直観と適合することによって、正当なものとして定着することができる。⁽⁶¹⁾

3 Knobe 効果

アメリカの代表的な実験哲学者 Joshua Knobe は、人々がいかにして「意図」

(56) Sunstein は、人々の直観については、多くの認識上の誤りや偏見が存在することを指摘して、立法府は人々の直観ではなく、科学的な証拠に依拠して決断をするべきことを説く。Cass R. Sunstein, *The Law of Fear*, 115 HARV. L. REV. 1119, 1123-24 (2002).

(57) Harold J. Berman, *Toward an Integrative Jurisprudence : Politics, Morality, History*, 76 CAL. L. REV. 779, 791 (1988).

(58) Kobick, *supra* note 50, at 544.

(59) Robinson & Darley, *supra* note 55, at 11.

(60) *Id.* at 12-18

(61) *Id.* at 25

という概念を理解するのか、すなわち人々はいかなる場合に「ある行為は意図的（故意）になされた」と認識するのか、そして、そのような認識と道徳的直観との関係性を明らかにしたことで知られている。彼の研究は、特定の結果への願望としての意図に関する伝統的な概念を覆したといわれる。「意図的な行為」という場合、その一般的かつ伝統的な理解では、意図の認定が道徳的非難の前提条件とされていた。つまり、個人が道徳的に不正な行為を行ったと非難される前提として、当該個人は十分なレベルの意図をもって行為したことが必要となる。刑事法や民事法（不法行為法）の領域においても、行為者の意図（故意）の存在が道徳的非難（非難可能性）の前提条件とされ、法的責任を問う根拠となっている。刑事責任や故意による不法行為責任は、被告（人）が不正で望まれない行為を行ったという、道徳的非難を反映している。⁽⁶²⁾

しかし、Knobeによれば、ある行為によって道徳的に不正な副作用が発生し、しかもそのような結果が事前に予見できたとき、人々は当該副作用が意図的に惹起されたと認識する傾向が強い。他方、副作用が予見可能であっても、それが道徳的に良性あるいは中性である場合については、人々が当該副作用の発生を意図的なものであったと認識することは多くない。これは、「Knobe効果」（knobe effect）あるいは「副作用効果」と呼ばれるものであり、ある行為が「意図的」（故意）になされたか否かにつき人々が判断するとき、その道徳的直観が大きな意味を持つてくることを示唆している。これまでの一般的な理解では、意図の認定が、道徳的非難の前提条件とされていた。つまり、意図的に行為したからこそ、それは道徳的非難に値するというわけである。しかし、この「意図（故意）があれば、道徳的不正あり」という一方向的な関連性に対して、Knobeの研究は、両者の双方向的な性質を明らかにした点で注目を集めている。

(62) Kobick, *supra* note 50, at 545-546.

Knobe が実施した実験調査の一部を簡単に見てみよう。⁽⁶³⁾ 被験者には次のような設例が示される。副社長が、会社の役員会（取締役会）の席上で、「我々は新たなプロジェクトの始動を考えています。それは大きな利益をもたらす反面、環境に害を及ぼすことになりましょう。」と述べた。これに対して、社長（議長）が、「環境破壊については全く気にしていない。できる限りの利益を得ることが私の望みだ。さっそくそのプロジェクトを始動しよう。」と返答した。ここで「社長は意図的に環境破壊を行ったのか」という質問をすると、82%の被験者が「社長は意図的に環境破壊を行った」と答えた。

次に、少し異なる設例を考えてみよう。同じく、副社長が、会社の役員会の席上で、「我々は新たなプロジェクトの始動を考えています。それは大きな利益をもたらすものであり、さらに環境保全にもつながります。」と述べた。社長はこれに対して、「環境保全については全く気にしていない。できる限りの利益を得ることが私の望みだ。さっそくそのプロジェクトを始動しよう。」と答えた。同様に、ここで「社長は意図的に環境保全を行ったのか」という質問をすると、今度は 23%の被験者しか「社長は意図的に環境保全を行った」と答えなかった。

どちらの設例でも、社長の第一の目的は利潤の最大化であり、環境破壊あるいは環境保全について関心が無いということを明確にしている。環境への破壊的效果や保全的效果は、いずれも副作用にしか過ぎない。この実験結果が示す意味は、Knobe によれば、ある行為の道徳的性質に関する人々の直観が、行為者が意図的に行為したか否かに関する人々の判断に深く関わっている、というものである。Knobe は、このような結果が、多種多様な実験（シナリオ）から明らかになったと報告している。⁽⁶⁴⁾

Knobe の実験で用いられる「副作用」の定義は、次のとおりである。つまり、①その効果が発生するように特別試みていないが、②その効果の発生を予見

(63) Knobe, *supra* note 51, at 205-206.

して、何らかの行動を選択した場合、それは副作用として考えることができる。⁽⁶⁵⁾ 重要な点は、副作用の予見可能性が必要条件ということである。もし、設例の社長が環境に対する侵害的あるいは受益的な効果を予見できなかった場合、社長が環境破壊あるいは環境保全に向けて意図的に行動したと信じる被験者は極めて少ないと考えるのが合理的である。したがって、ある行為の予見可能な副作用が道徳的に不正（環境破壊的效果）である場合、人々は当該行為者が意図的にその副作用を引き起こしたものと見る傾向が強い。逆に、ある行為の予見可能な副作用が、道徳的に善あるいは中立的（環境保全的效果）である場合、人々は当該行為者が意図的に副作用を引き起こしたものとは考えない。道徳的に不正な副作用が予見可能であるとき、それは意図的に引き起こされたものだ、と人々は認識することになる。

V 予見可能性の意義

1 Knobe 効果の示唆

一見中立的な法律その他の国家行為が、特定のグループに「異なる効果」を及ぼしている場合、それを憲法上の平等保護条項違反の問題として争うには、国家の差別的意図を立証せねばならない。この差別的意図理論には一応の合理性が認められるものの、アメリカの判例では「悪意的意図」のアプローチが採用され、違憲の指標となるべき差別的意図が極めて厳格に解されている。そのため、差別の実効的な救済が行われず、旧来からの不平等状態が続いている。そこで、違憲の指標としての差別的意図の概念の再考が求められ

(64) たとえば、ある軍隊の隊長（lieutenant）が、戦略的に重要な丘陵を確保するために、隊の配置を変える決定を行ったというシナリオである。この決定の副作用として、隊の壊滅的效果が予見できた場合、人々は隊長が意図的に隊の壊滅をもたらしたと判断する傾向が強い。Joshua Knobe, *Intentional Action and Side Effects in Ordinary Language*, 63 ANALYSIS 190, 192-193 (2003).

(65) Knobe, *supra* note 51, at 208.

ているわけであるが、この点、Knobe の実験研究は示唆に富む。⁽⁶⁶⁾

Knobe は、ある人の行為の結果に、予見可能な副作用が伴う場合、その副作用をもたらした行為者の「意図」について、人々は客観的にどのように認識するのかを実験的に解明した。Knobe によれば、副作用の道徳的性質が、副作用の発生の経緯、すなわちそれが意図的に仕組まれたものか否か、に関する人々の直観的な判断に影響を及ぼす。副作用が道徳的に良性あるいは中立的である場合、人々はそれが意図的な行為であったとは考えない。逆に、副作用が道徳的に不正であった場合、人々はそれが意図的な行為であったと考える傾向が強い。つまり、後者の場合において、人々は、まさにその副作用をこそ企図していたという意味での「意図」と、副作用が予見できたという程度の「意図」とを、意識的に区別することがない。⁽⁶⁷⁾

ところで、Knobe の実験調査について次の問題を指摘しうる。つまり、社長が損害を予見できたとき、①社長は意図的に環境を害したということと、②社長の意図は環境を害することにあつた、あるいは社長は環境の破壊を意図していた、ということは大きな違いがある。実際、「社長は、環境の破壊を意図していたのか」という質問に対しては「はい」が 42%、「環境を破壊することが社長の意図であつたのか」という質問に対しては「はい」が 29%であつた。「社長は意図的に環境を害したのか」という質問に対しては、「はい」が 82%であつたことを考えれば、上記の数値は、かなり低いものである。⁽⁶⁸⁾

一般に、「意図」(名詞)と「意図する」(動詞)という表現は、行為における行為者の支配的ないし唯一の意図(目的)を示唆する。他方、「意図的に」(副詞)という表現は、行為者の意図を比較的広範に捉え、その範囲に属するものを含むと考えられる。この両者の微妙な意味合いの違いが、実験結果に影響を及ぼしたものと考えられる。⁽⁶⁹⁾

(66) Kobick, *supra* note 50, at 519-520.

(67) *Id.* at 549.

(68) Knobe, *supra* note 64, at 192-193.

たとえば、*Gomillion v. Lightfoot*⁽⁷⁰⁾ のように、議会に差別以外の正当な目的が考えられない事件においては、人々は前者の支配的ないし唯一の意図があると考ええる。つまり、人々は、「議会の意図はマイノリティを差別することであつた」、あるいは「議会はマイノリティに対する差別を意図していた」と認識する。他方、*Rogers v. Lodge*⁽⁷¹⁾ のように、正当な目的と不正な副作用とが混在する文脈では、白人の政治的権力の維持が議会の意図の範囲に属するものとして、後者の比較的広範に捉えられた意図が認識される。つまり、議会にとって、差別が支配的ないし唯一の意図ではないかもしれないが、マイノリティに対する「異なる効果」が予見可能である以上、人々は少なくとも「議会は意図的に差別を行った」と認識すると考えることができる。⁽⁷²⁾

Julia Kobick は、Knobe の実験哲学研究が法学の多様な分野で潜在的な応用可能性が認められるとしつつ、⁽⁷³⁾ とりわけ、平等保護条項違反の事件におけるその応用の意義を強調している。Kobick によれば、一見中立的の行為によって特定のグループに不均衡な負担を課するという、いわゆる「異なる効果」の「予見可能性」は、差別的意図の分析において、大きな役割を果たしうる。マイノリティに対する「異なる効果」など、道徳的に不正な差別的効果が予見できた場合、人々はそれが意図的なものであつたと考える傾向が強い。つまり、そこに差別的意図があつたと認識するわけである。Kobick は、平等保護条項違反の事件において、このような人間の道徳的直観がより積極的に斟酌され

(69) Hugh McCann, *Intentional Action and Intending : Recent Empirical Studies*, 18 PHIL. PSYCHOL. 737, 740-742 (2005).

(70) 本件では、黒人有権者を地方自治体から排除するような選挙区割の憲法適合性が争われた。364 U.S. 339 (1960).

(71) 本件では、黒人候補者の当選が極めて困難となる大選挙区制の憲法適合性が争われた。458 U.S. 613 (1982).

(72) Kobick, *supra* note 50, at 550.

(73) Julia Kobick & Joshua Knobe, *Interpreting Intent: How Research on Folk Judgment of Intentionality Can Inform Statutory Analysis*, 75 BROOK. L. REV. 405, 422-27 (2010).

るべきことを主張する。⁽⁷⁴⁾

2 差別的意図の概念の再考

判例における差別的意図の分析においては、統治機関が及ぼす「異なる効果」の道徳的性質は基本的に問題とならない。しかし、Knobe の研究によれば、マイノリティに対して不利益を及ぼすような、その道徳的に不正な結果が、人々の差別的意図の認識に大きな影響を及ぼす。ある結果の道徳的性質が、当該結果をもたらした行為者の主観的な意図に関する、人々の直観に影響を及ぼすのである。

判例は、差別的意図の証拠、すなわち統治機関がそのような差別的意図がゆえに行為したということの立証を原告に求める。Feeney 判決は、女性に対する「異なる効果」が予見できたものの、州議会はその効果がゆえに行為したわけではないと判示した点で、立法府の「内心」の分析に他ならなかった。しかし、立法府のように多数の議員からなる合議体に、ある 1 つの特定の主観的意図が存するという根拠は見いだしがたい。⁽⁷⁵⁾ 議会の各々の構成員は、ある法律の採決に際して、異なった主観的意図を持っている。合議体としての議会には単一の意図は存在しない。⁽⁷⁶⁾ もし議会のような統治機関の「内心」を考えるとということが理に合わないのであれば、裁判所は、客観的な基準によって議会の意図（目的）を判断する必要がある。⁽⁷⁷⁾

そうすると、人々の直観に関する Knobe の研究が示唆するところを考慮に入れることは有益である。マイノリティに及ぼす「異なる効果」の道徳的性

(74) Kobick, *supra* note 50, at 551.

(75) Matthew D. Adler, *Expressive Theories of Law : A Skeptical Overview*, 148 U. PA. L. REV. 1363, 1389 (2000).

(76) Kenneth Shepsle によれば、議会の代名詞は複数形の「それら・彼ら」(they) であり、「それ」(it) ではない。Kenneth Shepsle, *Congress Is a 'They,' Not an 'It': Legislative Intent as an Oxymoron*, 12 Int'l REV. L. & ECON. 239 (1992).

(77) Kobick *supra* note 50, at 554.

質は、差別的意図の存否に関する一般の人々の認識を左右する、重大な要素である。人々は、ある結果が道徳的に不正であり、かつそれが予見可能であった場合、直観的にそれは意図的にもたらされたと認識する。したがって、裁判所は、①マイノリティに対する損害の不当性、②当該損害の予見可能性を差別的意図の認定に際して重視するという考え方があり得る。⁽⁷⁸⁾

3 予見可能性の意義

統治機関は、その行為から生じるすべての潜在的な効果を予見することはできない。よって、事後的に行われる予見可能性の審査では、発生する可能性が相当低いがゆえに、判断過程において特段問題にならないような効果まで、統治機関に予見することを期待するのは相当ではない。⁽⁷⁹⁾

しかし、たとえば、*Collins v. Ainsworth* において、保安官（sheriff）がラップコンサート会場近くで検問を設けることの合憲性について、州の法務長官に相談をしていたという点において、「異なる効果」の発生を予見していたことができる。⁽⁸⁰⁾ たとえ、公道上の検問の主たる目的が、無免許運転を取り締まるという正当な目的であったとしても、来客者の大多数が黒人である大きなイベントを標的とする決定は、明白かつ容易に、白人よりも黒人に負担を課すものであることが分かる。来客者の人種が、無免許運転者を効果的に絞り込む、信頼に足る指標であろうはずはなく、実際、来客者のごく一部しか、無免許運転として検挙され得なかった事実からして、この推定は正しいといえる。⁽⁸¹⁾ 免許を適正に所持している大多数の黒人をわざわざ停

(78) *Id.*

(79) *Id.* at 554-555.

(80) *Collins v. Ainsworth*, 382 F. 3d 529, 534 (5th Cir. 2004).

(81) 本件の検問は、無意識の偏見によるものかもしれないが、悪意に基づく措置と同様に、無実の黒人に重い負荷を課すことに変わりはない。Murad Hussain, *Defending the Faithful : Speaking the Language of Group Harm in Free Exercise Challenges to Counterterrorism Profiling*, 117 YALE L. J. 920, 945 (2008).

止させることが保安官の行為の主たる目的ではなかったにせよ、そこには予見可能な「副作用」、すなわち「異なる効果」が認められた。このような事件では、Knobe 効果に照らせば、ほとんどの人々が保安官の行為は意図的な差別であると認識する。

しかし、この事件で原告は、Feeney 判決が求める主観的な差別的意図（いわゆる悪意的意図）の証拠を提示できなかったため、第 14 修正の平等保護条項違反の主張を完遂することができなかった。⁽⁸²⁾

Kobick によれば、裁判所が、差別的意図の有力な証拠として「異なる効果」の予見可能性という要素を重視すれば、平等保護条項の精神の実現への強い姿勢を示すことになり、マイノリティに予見可能な負担を課す国家行為を排除することにつながる。予見可能性の要素を審査に組み込むことで、中立的な文言（外観）を装いつつ、差別的意図が込められた法律（行為）を制定しようとする動きを牽制することが可能となり、あるいは統治機関の行為者に、主たる目的の達成手段につき、より注意深く考えるよう、促すことができる。つまり、もし彼らが「異なる効果」を予見できれば、それとは違う手段を選択するかもしれない。差別的とされる行為の大半は、立法府が意識的にマイノリティに負担を課すことを欲したという意味において、「意図的」であるというわけではない。このため、「異なる効果」を惹起する立法府の判断は、公共の福祉（公益）を促進するというような、何らかの概括的な目的に資するということで、容易に擁護される。しかし、裁判所が予見可能性の審査を用いるとすれば、より注意深い、正確な判断を促すことになる。マイノリティに負担を課しても、何らかの許容しうる概括的な目的があればよいというのではなく、統治機関の裁量に限定を加えるからである。また、予見可能性の審査は、統治機関の行為者に、彼らが判断の材料とした事前情報を開示する

(82) 本件で第 5 巡回区控訴裁判所は、第 4 修正の「不合理な搜索、押収、抑留の禁止」違反を認めた。

動機付けとなる。というのも、その情報が、当該決定もしくは行為の当時に、いかなる結果が予見できたかを示す、証拠となるからである。⁽⁸³⁾

4 差別的意図理論における「予見可能性」審査の可能性

Knobe の実験哲学研究によれば、マイノリティに対する副作用が予見可能なとき、人々の多くは、その副作用をもたらした行為が意図的なものであったと認識する。それゆえ、Kobick は、判例が採用する差別的意図理論において、「予見可能性」の審査が組み込まれるべきであると主張する。⁽⁸⁴⁾

Kobick によれば、Knobe 効果を参考にしつつ、今日のアメリカの判例とより整合するものとして、比較衡量アプローチが考えられる。これは、主たる目的によってもたらされる利益と、副作用としての「異なる効果」とを比較衡量する考え方である。ここでは、必然的に、統治機関の主たる目的に特別な地位を認めることになる。というのも、主たる目的の意図性（計画性）と予見可能な副作用の意図性のレベルは、やはり同じではないからである。⁽⁸⁵⁾

ここで参考になるのが、第 11 巡回区控訴裁判所が採用するアプローチである。同裁判所は、差別的意図の存在を評価するために、①「異なる効果」の性質および強度、②当該行為から生じる「異なる効果」の予見可能性とそれへの認識、③政治部門の判断過程の経緯などを総合的に考慮するべきであるとしている点で注目される。⁽⁸⁶⁾

次に、Feeney 判決の Marshall 裁判官の反対意見が示す、挙証責任転換ルールも、Knobe 効果に照らせば、注目に値するものである。⁽⁸⁷⁾ Marshall 裁判官は、政府の方針によって女性の軍隊への入隊が制限されてきた歴史的経緯に照らせば、州法が女性に対して「異なる効果」を及ぼしていることは明らかであるとする。Marshall 裁判官によれば、女性などの、いわゆる「準・疑わしい」

(83) Kobick, *supra* note 50, at 556.

(84) *Id.* at 557-561.

(85) *Id.* at 558-559.

グループに対する、このように予見可能な「異なる効果」については、州の側にこそ、性別に基づく考慮が当該州法の制定過程において存在しなかったことを立証する責任を負わせるべきである。⁽⁸⁸⁾ つまり、原告が「異なる効果」の予見可能性を立証しえた場合、差別的意図の存在を一応推定し、その上で、その推定を覆す反証責任を州政府に課すべきであるとする。もし州側がこの責任を果たすことができれば、原告が最終的にその説得責任を果たす必要がある。この場合、これまでの判例の枠組みに従い、いわゆる悪意的意図の立証が求められる。このアプローチは、Knobe 効果に依拠しつつ、当該行為が意図的な差別であると認識する人々の感覚（直観）に配慮する一方で、統治機関に対しても、実際には差別的意図がなかったことを立証する機会を認めるものである。⁽⁸⁹⁾

(86) たとえば、行政サービスの提供（質）につき、地方自治体が意図的に黒人居住区に不利益に扱っているとされた、*Dowdell v. City of Apopka* では、予見可能性の要素が決定的なものでないとする一方、関連する諸事実の全体性に照らせば、行政サービス提供の質が当該地区の人種的構成によって全く異なってくることを当該自治体を知っていて、あるいは認識して行爲した事実が認められると判示した。注目すべきことに、同裁判所は、継続的かつ組織的な黒人居住区に対する搾取という、予見しうる明白な結果を特に強調している。*Dowdell v. City of Apopka*, 698 F. 2d 1181, 1186 (11th Cir. 1983).

(87) *Feeney*, 442 U.S. 256, 284 (1979) (Marshall, J., dissenting).

(88) *Id.* at 285.

(89) *Kobick*, *supra* note 50, at 560-561. さらに、*Evans* は、同じような挙証責任転換ルールの採用を提唱している。*Evans* によれば、ある立法政策に起因して「異なる効果」の発生が「十分確実」であり、なおかつ実際にそれが発生したことを原告が立証すれば、立証責任が転換され、統治機関は当該行為あるいは法律が中立的な選定基準によって実際に正当化されることを立証せねばならない。「十分確実」(substantially certain) という文言は、予見可能性の審査に通じるものがある。*Jill E. Evans, Challenging the Racism in Enviromental Racism : Redefining the Concept of Intent*, 40 ARIZ. L. REV. 1219 (1998).

VI おわりに

歴史は、法に多くの目的を与える。そして、それゆえ、法は、その過去の歴史を正当化するよう機能する。⁽⁹⁰⁾ しかし、Cass Sunstein によれば、平等保護条項は、過去に対して異なる立場に立つ。平等保護条項は、歴史や伝統を正当化するのではなく、むしろ、そのような伝統的な慣習を否認するところに意義がある。⁽⁹¹⁾ 平等保護条項は、旧慣や因習を批判するものとして機能する。平等保護条項は旧慣の守護者ではない。それは旧慣による侵害行為から人々を守るものである。いかに長く、そして深く根付いた慣習であっても、それが個人の権利を侵害するものである限り、否定されねばならない。⁽⁹²⁾ また、今日の人々の感覚で道徳的に非難に値する国家機関の行為が、かつては道徳的に擁護しうるものであったとするならば、今日の国家機関の行為の正当化論拠については、ある程度懐疑的に評価するのが相当である。裁判所は、不平等を助長する法制度の解体に貢献してきた。しかし、裁判所が古い形態の差別を否認するたびに、新たな形態の差別が生まれ、それが正当化されてきた。したがって、このような歴史的な力学の働きに着目しつつ、平等保護条項の解釈が不断に検討され続ける必要がある。⁽⁹³⁾

本稿では、主として、Knobe の実験哲学研究と、それに基づく Kobick の議論に依拠して、平等保護条項の新たな解釈の可能性を検討した。アメリカの判例は、国家機関の行為が持つ道徳的性質を離れて、「意図的に行為する」ことの意味を理解してきた。しかし、Knobe の実験哲学研究は、人々の意図のとらえ方は、その道徳的性質とは切り離せないことを明らかにしている。こ

(90) Siegel, *supra* note 5, at 1146.

(91) 平等保護条項は、コモンロー法系、すなわち英米法の伝統に由来するものではない。その起源はむしろ既存の伝統や因習に対して懐疑的な平等原理である。Cass R. Sunstein, *Sexual Orientation and the Constitution : A Note on the Relationship Between Due Process and Equal Protection*, 55 U. CHI. L. REV. 1161 (1988).

(92) *Id.* at 1174.

(93) Siegel, *supra* note 5, at 1146.

の研究が示唆するとおり、人々は予見可能な副作用が道徳的に良性あるいは中立的である場合については、それを意図的なものであったと認識することはあまりない。しかし、予見可能な副作用が道徳的に不正であった場合は、それを意図的なものであったと認識する傾向が強い。

実験哲学の研究成果に照らせば、統治機関の行為がマイノリティに対して予見可能な「異なる効果」を及ぼすという文脈においては、人々の多くが当該行為を意図的なものであったと認識する。国家行為によってある「異なる効果」が発生した場合、たとえそれが本来的に意図した結果ではなかったとしても、それに対する「予見可能性」が重要な意義を持つと考えられる。

予見可能性という視点の導入にあたっては、たとえば、Kobick が提示するアプローチが参考になる。第 1 に、比較衡量のアプローチを用いて、そこに予見可能性の要素を組み込むことである。つまり、差別的意図を推定する際の諸要素の 1 つとして、「異なる効果」の予見可能性を重視する。第 2 に、「異なる効果」の予見可能性をもって、差別的意図の存在の推定を一応働かせ、これを契機に立証責任を政府側に転換することである。Kobick によれば、いずれのアプローチも、現在のアメリカの判例理論と抵触することなく、不平等状態の実効的救済に貢献できるという。⁽⁹⁴⁾

わが国においては、中立的な法制度あるいは国家行為が引き起こす「異なる効果」の問題を、憲法 14 条の平等原則違反の差別問題として理解することはあまりない。しかし、これまで述べてきたとおり、アメリカにおいては、「異なる効果」の問題が、巧妙な差別問題として理解され、第 14 修正の平等保護条項の統制の対象となっている。平等保護条項違反の司法審査では、差別的意図の存否が重視される。したがって、一見中立的な法制度であっても、その背後に差別的意図が認められれば、平等保護条項違反となる。

わが国においても、「異なる効果」の問題を、巧妙な差別問題、すなわち憲

(94) Kobick, *supra* note 50, at 562.

法 14 条違反の問題として理解することも可能である。現在、わが国では、アメリカのように、平等原則違反をめぐる司法審査において、国家の差別的意図の存否が重要視されているわけではない。しかし、差別的意図への視座は重要と思われる。わが国の平等原則違反の司法審査において差別的意図に着目するという考え方もあり得る。一見中立的な法制度によって「異なる効果」が生じたというだけでは、それを憲法上の差別問題とすることは困難かもしれない。しかし、それが差別的意図に基づくものであると構成できれば、アメリカと同様に、憲法上の統制、すなわち、より厳格な審査の対象にもなり得る可能性がある。差別的意図の分析については、Knobe の実験哲学研究や、それに基づく Kobick の議論が参考になろう。本稿の冒頭で例示した夫婦同氏制度については、①「氏の変更を強制されない権利」（憲法 13 条）や、②男女の氏を変更しない「婚姻の自由」（憲法 24 条）の侵害という観点だけでなく、③「男女差別」（憲法 14 条）という観点からも分析が可能であると思われる。⁽⁹⁵⁾

(95) なお、差別的意図への視座は、精神的自由の規制に関する事件の分析にも、有用であると考えられる。表現内容規制が、内容中立規制に比して、より厳格な司法審査に服すべき理由として、特定の思想・信条を持つ者への嫌悪感や蔑視感情から生じる権力濫用の危険性が指摘されている。嫌悪感や蔑視感情とは、差別の感情であり、それは差別的意図のことでもある。表現内容規制に対しては、思想・信条の自由や表現の自由の観点のみならず、差別禁止の理念からも分析することが有用であり、それが厳格審査の強固な基礎づけともなる。木村草太「表現内容規制と平等条項－自由権から〈差別されない権利〉へ」ジュリスト 1400 号 96 頁（2010）。